

SOSTENIBILIDAD SOCIAL Y AMBIENTAL EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo
Octubre – Diciembre 2015
Págs. 13 – 42

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA IDEA DE SOSTENIBILIDAD Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. Aspectos generales de la sostenibilidad. 2. En particular, la nueva vertiente de la sostenibilidad: la económico financiera. III. EL DERECHO COMUNITARIO COMO MARCO DE REFERENCIA. 1. Derecho comunitario y sostenibilidad en la contratación: De Beentjes (TJCE 1989, 26) a la codificación de la jurisprudencia del TJCE. 2. La conexión de la cláusula de sostenibilidad con el objeto del contrato. 3. Criterios de adjudicación y cláusulas de sostenibilidad. IV. LA DIRECTIVA 2014/24/UE Y LA INCLUSIÓN DE ELEMENTOS DE SOSTENIBILIDAD EN LOS CONTRATOS. 1. Sostenibilidad y cumplimiento de la normativa. 2. Especificaciones técnicas y sostenibilidad. 3. Criterios de adjudicación de los contratos. 4. Criterios sociales y ambientales en la ejecución del contrato.

RESUMEN: Los criterios de sostenibilidad han sido usualmente puestos en duda en el Derecho europeo, que los somete a criterios estrictos. En este artículo se analiza críticamente cuál es su formulación en la Directiva 2014/24/UE, del Par-

ABSTRACT: Sustainability criteria have often been challenged in European law, which have strict criteria. In this article we analyze critically what is their formulation in the Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of

* Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Unión Europea e intervención en las actividades de servicios en el contexto de la globalización y la crisis económica».

lamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, sostenibilidad social y ambiental.

KEYWORDS: Public procurement, environmental and social sustainability.

Fecha de recepción del original: 13 de octubre de 2015.

Fecha de aceptación: 26 de octubre de 2015.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis del régimen legal de la contratación pública suele estar marcado por el estudio sobre los procedimientos de adjudicación pública –incluyendo los mecanismos de recurso–. De hecho, la normativa europea que nos sirve de referencia está centrada en dichos aspectos, sin duda debido a que es el elemento que tiene mayor trascendencia para el mercado interior europeo. La perspectiva forense de la contratación pública –a pesar de que el grado de litigiosidad no es excesivamente elevado por las dificultades de éxito que, estadísticamente, tiene– hace que otros elementos recogidos en la normativa no resulten tan relevantes.

No obstante, en el análisis del Derecho de contratos del sector público hay un aspecto colateral al que hace falta prestarle atención y que es lo que va a constituir el hilo conductor de este estudio. En efecto, partiendo de la trascendencia que tienen los contratos públicos para la actividad económica –que ronda el 15% PIB europeo– y para el desarrollo social, tanto en cuanto al resultado como al propio proceso productivo, parece relevante analizar cuál es su régimen y en particular qué posibilidades –con sus límites– están a disposición de las Administraciones públicas para hacer «política social y ambiental» a través de los procedimientos de contratación pública¹; lo cual supone «un decisivo avance para facilitar los objetivos que dotan de contenido efectivo a la configuración constitucional del Estado social»². Sería, en consecuencia un análisis de lo que tradicionalmente se han considerado, de displacente, como «elementos secundarios» de la contratación.

1. Recogiendo las palabras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón: «la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí misma sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas... Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país». Informe 17/2008, de 21 de julio.
2. CES, Dictamen número 4/2006, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, Madrid (2006), p. 9.

El debate sobre el alcance de los elementos sociales de la contratación siempre ha estado presente³, incluso en el propio Derecho europeo⁴. Examinando la última legislatura, no se puede decir que haya resultado propensa a la inclusión de cláusulas de sostenibilidad en los contratos, posiblemente porque no estaba madura la cuestión en el Derecho comunitario europeo⁵, algo que aún hoy se puede seguir manteniendo a pesar de que la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE haya avanzado hacia un régimen jurídico más sostenible ambiental y socialmente⁶. Sí conviene tener presente que el texto de la Directiva está más preocupado con los problemas de naturaleza ambiental⁷ que con los de carácter social, que están rodeados de mayor dificultad a la hora de su inclusión.

Puede servir de muestra lo que se contenía en el Informe sobre la contratación pública, en el que se señalaba que «existen en la actualidad mecanismos jurídicos alternativos –o complementarios, si prefiere decirse así– para estimular o desincentivar determinadas conductas desde el punto de vista social o medioambiental. Beneficios fiscales, ayudas y subvenciones, los propios mecanismos derivados del protocolo de Kyoto, entre otros muchos, parecen instrumentos más adecuados para la ejecución de políticas sociales que la utilización de los procedimientos de contratación cuyo norte fundamental no debería ser otro que la adquisición de bienes y servicios de calidad en las mejores condiciones técnicas y económicas para las Administraciones Públicas. Lo contrario podría provocar distorsiones, incluso desde el punto de vista presupuestario, que no redundarían en un comportamiento eficiente de las

3. Sobre el régimen de las cláusulas sociales en la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede verse el estudio de GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones Públicas?»; en la revista *Justicia Administrativa* n° 20 (2003); pp. 27-63. Asimismo, VERNIA TRILLO, S., «La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública» en la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 20 (2002), pp. 429 y ss.
4. Dos explicaciones generales de la materia se pueden leer en S. ARROWSMITH and P. KUNZLIK (Eds.), «Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions» (Cambridge University Press, 2009); R. CARANTA, and M. TRYBUS (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen, DJØF Publishing, 2010).
5. Conviene recordar que, por ejemplo, URÍA –Subsecretario de Hacienda antes de marzo de 2004–, afirmaba que la inclusión de las cláusulas sociales «amenazaría con desvirtuar los fines de la propia contratación pública, al ponerla exclusivamente al servicio de otras políticas públicas, relevantes, sin duda, pero que, en principio le son ajenas». URÍA FERNÁNDEZ, F., «Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas», en la *Revista de Administración Pública* n° 165 (septiembre-diciembre 2004), p. 323.
6. Una primera aproximación se puede ver en DRAGOS, D-C. and NEAMTU, B., «Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects (April 27, 2014)»; en la obra colectiva F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER (Eds.), *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, DJØF Publishing. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2488047>.
7. Sobre la contratación pública verde es de obligada lectura el libro de PERNAS GARCÍA, J. J., *Contratación pública verde*, Editorial La Ley (2011).

Administraciones Públicas contratantes»⁸. Afirmaciones que no eliminaron ciertas declaraciones genéricas en las normas en las que se apostaba por la introducción de ciertos elementos de sostenibilidad, especialmente ambiental⁹.

No obstante, hay que reconocer que, en la normativa española, se le ha proporcionado un impulso en las dos legislaturas 2004/08 y 2008/11, fomentando una lectura expansiva de los principios del Derecho de la Unión Europea, posiblemente superando el marco estrecho de la jurisprudencia comunitaria¹⁰. Por un lado, el reconocimiento expreso que se hace en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de la importancia que tiene este tipo de elementos. En segundo lugar, la promulgación de disposiciones de carácter general cuyo objeto es, precisamente, «introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible» (artículo 1 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible). Y a su lado, nos encontramos con que la crisis económica ha hecho aparecer normas cuyo objetivo es precisamente uno de naturaleza social –la creación de empleo– lo que se ha de conseguir a través de la utilización de la contratación pública vinculada a la obra pública, como ocurre con la política de estímulos económicos recogidos en el Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local. Son disposiciones citadas desde una perspectiva meramente enunciativa, ya que hay otras que inciden en la misma idea, tanto del Estado, como de Comunidades autónomas como de Corporaciones Locales que están desarrollando una importante labor en este campo, fruto posiblemente de que sea la Administración más cercana a la problemática ciudadana.

La tensión se mueve entre la introducción de este nuevo paradigma y el derecho de la competencia. Pero tal como se ha señalado, estos instrumentos de sostenibilidad «a) por un lado, no es una mecanismo de restricción de la competencia, sino que, por el contrario, se está regulando, ubicando en un lugar de menor importancia a los criterios meramente económicos, cuyo peso relativo está sobreestimado; b) se está permitiendo la incorporación de políticas públicas de protección social y

-
8. Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España. Ministerio de Hacienda. Madrid (2004), p. 147.
 9. La Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos indica que las Administraciones Públicas promoverán en su contratación el uso de materiales reutilizables (artículo 26.2). La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido establece que las Administraciones Públicas impulsarán el uso de maquinaria, silenciosos (Disposición adicional novena). La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes dispone que «en los procedimientos de contratación pública, las Administraciones públicas adoptarán las medidas oportunas para evitar la adquisición de madera y productos derivados procedentes de talas ilegales de terceros países y para favorecer la adquisición de aquellos procedentes de bosques certificados» (artículo 35 bis).
 10. Esta diferencia se puede apreciar con la lectura de R. CARANTA and M. TRYBUS (Eds.) *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen, DJØF, 2010).

medioambiental, y c) se está favoreciendo la aplicación de la normativa comunitaria que recoge estos principios, y, por ende, se está introduciendo una minusvaloración de aquellas legislaciones que por cuestiones de competencias de ordenamientos no dan el peso necesario a estos criterios, transformándose así en un medio indirecto de lucha contra la deslocalización empresarial»¹¹.

Por tanto, tanto desde las normas generales como desde algunas específicas se impulsa la utilización de la contratación pública como instrumento para la consecución de ciertos objetivos sociales. Este impulso ha ido de la mano de la ampliación de los objetivos no relacionados directamente con el objeto del contrato. La LES, a la hora de definir la sostenibilidad que se ha de incorporar en el ordenamiento jurídico ha provocado una ampliación de objetivos que se han de vincular a este concepto, lo cual determina, obviamente, el objeto de la investigación: se entiende por «economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades». Ampliación que puede difuminar el concepto o que permite plasmar de forma más general la visión que se pretende con una norma tan general como la LES.

Estas consideraciones iniciales determinan qué es lo que el lector se va a encontrar en este estudio: se trata de proporcionar una visión en clave de sostenibilidad de la normativa europea de contratación del sector público. Lo cual determina tanto el objeto analizado como la visión que se quiere proporcionar, que por razones de extensión habrá de ser comedida, dejando para otra ocasión el análisis más global. Esta normativa europea de 2014 se habrá de enmarcar en los límites que plantea la jurisprudencia comunitaria que, pese a los avances habidos desde las dos sentencias que constituyen el centro de la doctrina del TJCE en esta materia, *Beentjes* (TJCE 1989, 26)¹² y *Concordia Bus* (TJCE 2002, 251)¹³, sigue constituyendo un freno a la utilización de estos elementos. Freno que en su aspecto central –la vinculación con el objeto del contrato– se ha recogido de forma expresa en la Directiva, tal como tendremos ocasión de examinar con posterioridad.

Con estos límites se abre una cierta contraposición entre las cláusulas de sostenibilidad y el Derecho de la competencia, posiblemente por un uso expansivo de este

11. GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Colaboración público privada e infraestructuras de transporte*; Marcial Pons, Madrid (2010), p. 77.
12. As. 31/87, *Gebroeders Beentjes c. Países Bajos*, STJCE de 20 de septiembre de 1988 (TJCE 1989, 26). Sobre ella se puede ver entre nosotros MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., «La contratación social. Introducción de cláusulas sociales en la contratación pública según la doctrina del TJCE (Caso *Beentjes* y otros [TJCE 1989, 26])», en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, (2012); pp. 3403-3428.
13. As. C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*, STJCE de 17 de septiembre de 2002 (TJCE 2002, 251).

sector del ordenamiento¹⁴, que desde luego tiene un campo importante de desarrollo en el derecho de la contratación pública¹⁵. Si, con carácter general, se ha señalado que «ha crecido de forma desmesurada el Derecho de la competencia, es decir, el conjunto de reglas que tratan de garantizarla en el mercado libre. Lo que se ha visto con normalidad a lo largo de muchos años, ahora se contempla bajo la lupa de esa nueva rama del ordenamiento. Lupa que es de gran aumento»¹⁶; en el conflicto con las cláusulas sociales hay numerosos puntos en los que a los principios sociales y ambientales se les hace ceder.

Sólo por este peso del Derecho de la competencia se puede entender, por ejemplo, la reiteración en vincular las cláusulas de sostenibilidad con el objeto del contrato, cuando precisamente, este tipo de consideraciones va más allá, en la idea de introducir elementos formalmente ajenos pero convenientes al puro proceso de ordenación. Es, sin duda, una forma de actuar que dificulta la consecución de otros objetivos de política pública.

El peso de la competencia ha podido ser desmesurado al actuar como un criterio casi excluyente de la acción pública, en los tiempos actuales de crisis actúa como un freno a las políticas de estímulo para la reactivación económica. Las normas sobre contratación pública, correctamente interpretadas, han de procurar un equilibrio entre la introducción de criterios de sostenibilidad y la defensa del principio de competencia, equilibrio que se ha de manifestar en la razonabilidad de las cláusulas que se incorporen y en la interpretación que se les proporcione. En nuestro ordenamiento jurídico su incorporación, su aplicación por parte de los poderes públicos, no es sino una consecuencia de la cláusula del Estado social, que configura el Estado de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.1 de la Constitución de 1978.

Antes de hacer el desarrollo de las cuestiones, conviene hacer una observación general. En él se va a hacer referencia a lo que se puede denominar «el régimen general de la sostenibilidad en la contratación pública». No obstante, se podrían desarrollar, además, reglas específicas para proporcionar respuesta a problemas específicos en donde pudiera existir un ámbito de sostenibilidad que no alcance respuesta con la normativa general. Son, ámbitos de investigación –básicos en el cambio de modelo productivo– de carácter social –que afectan a problemas de paridad, de discapacidad y de condición social de las empresas– o las respuestas específicas de naturaleza medioambiental. No obstante por razones de espacio no pueden abordarse todas estas cuestiones y lo dejaré para otra ocasión.

14. Planteamiento que late por ejemplo en el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 2015 sobre la contratación pública que omite por completo toda consideración de los elementos sociales y ambientales en este sector.

15. SANCHEZ-GRAELLS, A., «Competition Law and Public Procurement (August 13, 2015)». Próximamente en J. GALLOWAY (Ed.), *Intersections of Antitrust: Policy and Regulations* (Oxford, OUP, 2016). Se puede consultar en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2643763>.

16. SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La problemática europea sobre la contratación *in house*)», en el diario *La Ley*, nº 6715.

II. LA IDEA DE SOSTENIBILIDAD Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. ASPECTOS GENERALES DE LA SOSTENIBILIDAD

La sostenibilidad encuentra en la contratación pública un campo perfecto para su desarrollo. Como veremos inmediatamente, el ordenamiento jurídico ha buscado tres objetivos en esta interrelación: por un lado, configurarlo como un principio estructural de la acción administrativa; en segundo lugar, configurar reglas concretas para que afecten a la estructura de los contratos. Y, por último, el ordenamiento se sirve de la contratación para avanzar en la consecución de otros objetivos generales.

Como se acaba de poner de manifiesto, la sostenibilidad constituye una idea que ha recibido un fuerte impulso en los últimos tiempos. De su núcleo originario articulado sobre la protección del medio ambiente ha pasado a constituirse en una idea que refuerza buena parte de las políticas sociales y ambientales. La ventaja que tiene el ampliar el marco de aplicación de una idea positiva para los intereses generales se complementa con el problema de que con ello se diluye.

Tanto la jurisprudencia comunitaria como otros instrumentos normativos nacionales e internacionales habían resaltado el peso que tienen los criterios sociales en la contratación pública. Con posterioridad haré referencia a la evolución europea –ya que es marco de referencia ineludible ahora– pero conviene recordar que la propia LCSP incorpora los criterios sociales en la contratación. Desde la Exposición de Motivos se reconoce el peso relevante que tienen dichos aspectos de sostenibilidad en la contratación pública: *«incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, la Ley de Contratos del Sector Público incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma. Sintéticamente expuestas, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo 2005/2245 (INI), y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales».*

Elementos sociales, medioambientales¹⁷ y de justicia social en el proceso de globalización aparecen así como factores que deberán ser tenidos en cuenta en la

17. Recordemos que el 85 de la Directiva 18/2004 reconoce la relación que existe entre la contratación pública y la protección del medio ambiente: «según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores

contratación de las Administraciones públicas y demás poderes adjudicadores tanto a la hora de aprobar los pliegos de cada contrato, como en la adjudicación como en el control de la ejecución del mismo. Nótese que, por ejemplo, con la regulación que proporciona la TRCSP no sólo se van a conseguir objetivos de carácter general sino que también se va a transformar en instrumento para la aplicabilidad de otras disposiciones. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; a la que remite la Disposición Adicional 21ª TRCSP. Situación que también nos encontramos en el Derecho comunitario, tal como tendremos ocasión de examinar con posterioridad.

Al mismo tiempo, la contratación pública tiene reglas que no derivan del TRCSP. Al constituir un instrumento para la ejecución de políticas públicas, al tener una trascendencia transversal por su impacto en el PIB se han promulgado disposiciones que contemplan medidas específicas que completan la regulación general para un aspecto específico. El ejemplo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres nos muestra cómo se utiliza la contratación pública –a través de proporcionar una mejor situación en los procedimientos a las empresas que cumplan con su postulado– como medio para la consecución de un objetivo de carácter general –en este caso, la reducción del desempleo entre las mujeres que estadísticamente es mayor que el de los hombres–. Y qué decir del derecho ambiental, en donde se han incluido cláusulas sobre esta materia.

Como se puede apreciar, la conexión entre contratación y sostenibilidad cubre un amplio espectro de objetivos que podría resultar razonable su desarrollo. Pero con un abanico tan amplio de opciones, es lógico que el legislador no haya plasmado con equivalente grado de obligatoriedad todas las reglas que impulsan la sostenibilidad en la contratación pública.

2. EN PARTICULAR, LA NUEVA VERTIENTE DE LA SOSTENIBILIDAD: LA ECONÓMICO FINANCIERA

Ahora bien, cuando se hace referencia a la sostenibilidad la evolución económica tras las crisis de 2008 ha hecho que se dé un salto cualitativo que ha quitado sustancialmente su contenido ideológico. En efecto, en los últimos tiempos se ha incidido en un valor complementario, desprovisto de toda carga ideológica y de conexión con el Estado social y a la que se proporciona un peso relevante en el contexto de contención del gasto público: hago referencia a la sostenibilidad económico financiera de los entes públicos.

De entrada, la propia expresión puede sonar a cierta perversión del lenguaje, dado que con los criterios sociales precisamente se estaba intentando evitar el

a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio».

recurrir a la variable económica. No obstante, se ha querido transformar en un instrumento a este fin.

La conexión entre la sostenibilidad económica y la contratación resulta un aspecto que es de indudable trascendencia en la actualidad y que es lo que permite la asunción de obligaciones de pago por parte de los entes públicos. Es, en definitiva, un presupuesto para poder contratar hoy y para atender en el futuro a las obligaciones que haya que asumir. Si cogemos nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 32.2 LES obliga a que «para garantizar la sostenibilidad presupuestaria, las Administraciones Públicas aplicarán una política de racionalización y contención del gasto y se adecuarán a los principios de estabilidad presupuestaria, transparencia, plurianualidad y eficacia, en los términos definidos en la normativa de estabilidad presupuestaria». Posiblemente la conexión entre sostenibilidad y estabilidad presupuestaria plantee puntos de duda sobre todo si la aplicación del SEC 2010¹⁸ proporciona tanto margen para la imaginación, tal como veremos más adelante, pero en general lo que supone es introducir un criterio de eficiencia en el gasto público. En esta línea resulta remarcable que el artículo 32.4 obligue a que «todo gasto se evaluará atendiendo a los principios de eficiencia y simplificación de los servicios prestados, incentivando la productividad del sector público. En especial, el Estado promoverá la colaboración entre las Administraciones Públicas para mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos».

Son reglas, en definitiva, que derivarían del principio de eficiencia en el gasto público, recogido en el artículo 31.2 de la Constitución: «el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a criterios de eficiencia y economía». Tal como se ha señalado, «si la eficiencia en el gasto público no es sino una hijuela, que no la única, del principio de eficacia administrativa (artículo 103 de la Constitución española), y por tanto, el principio administrativo sirvió de partida al principio presupuestario, el Derecho del gasto público ha devuelto al Derecho Público el principio de calidad que, si bien no es un principio presupuestario en sentido estricto, constituye, en cambio, la culminación de una Administración avanzada y presidida por el principio de eficiencia»¹⁹.

18. El tradicional SEC95 con el que tanto se jugó como instrumento de contabilidad de diseño por parte de las Administraciones públicas fue sustituido recientemente por el SEC 2010, a través del Reglamento (UE) n° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. Sobre él y su trascendencia en obra pública, se puede ver HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia (2015), en particular pp. 375 y ss. En el régimen anterior de vinculación entre estabilidad presupuestaria y contratación de obra pública, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

19. DÍAZ CORRAL, M. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: «Fundamentos jurídico-constitucionales de las leyes de estabilidad presupuestaria. Principios y ámbito de aplicación», *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*, Madrid, 2004, IEF, p. 72.

Y constituyen reglas que sirven para cumplir con el mandato contenido en el reformado artículo 135 de la Constitución.

El contexto del precepto insta a que se efectúe una valoración previa de los contratos, lo que se deberá producir con anterioridad a que se inicie el procedimiento de contratación propiamente dicho. En algunas modalidades conduce a un examen específico del *Value for Money* tan propio del Derecho anglosajón –como ocurre, muy específicamente, en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado– y en otros contratos afectará a la propia posibilidad de que se abra el procedimiento de adjudicación.

Este es el aspecto de la sostenibilidad que plantea mayores problemas. Por un lado, por la propia indeterminación en su aplicación, como se deduce de unos planteamientos bastante erráticos por parte de Eurostat, que han hecho que no haya correspondencia entre el impacto sobre déficit y deuda pública de algunos contratos y el que tienen sobre las obligaciones de pago. El abuso de la ingeniería jurídico-financiera y la contabilidad de diseño está detrás de este problema.

Pero, por otra parte, plantear la sostenibilidad desde una perspectiva económica conduce a quitarle su carga ideológica y a limitar sus efectos. En efecto, la sostenibilidad ha servido siempre como idea fuerza que permitía introducir elementos no directamente vinculados a los aspectos económicos y de competencia en la contratación pública. Era un instrumento más de la política. Pero, además, se limitan sus efectos al diluir aquellos aspectos que podían ser más discutibles desde la pura economía del contrato pero sí desde los efectos sociales del mismo. Sería, de esta forma, una manifestación del metalenguaje que se utiliza en la actualidad desde posiciones liberales y que pretende quitar fuerza a ideas de progreso. En todo caso, en la medida que es un aspecto extraño a la propia idea sobre la que se vertebra la consecución de criterios sociales y ambientales no va a formar parte de lo que se analice en este artículo.

III. EL DERECHO COMUNITARIO COMO MARCO DE REFERENCIA

La introducción de cláusulas de sostenibilidad en los contratos, especialmente aquellas que están vinculadas a las sostenibilidades social y ambiental, están esencialmente determinadas por el impacto del Derecho comunitario²⁰; posiblemente por los riesgos que, por parte de algunos, se intuyen sobre el mercado interior. A ello se añade el factor general que tales elementos se pueden encontrar dentro de los criterios de adjudicación del contrato que ya estaban directamente afectados por la Directiva 2004/18/CE. Y ello por no citar todas las directivas sectoriales en donde se incorporan elementos de sostenibilidad y que tienen su encaje en toda la política de compras públicas.

20. Una interesante reflexión colectiva sobre el alcance de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación a escala europea se puede leer en la obra colectiva *The Law of Green and social procurement in Europe*; DJØF Publishing, Copenhagen (2010).

Partiendo del hecho de que el Derecho comunitario es Derecho español y que, en consecuencia, el análisis ha de ser conjunto, hay dos aspectos que se deben separar: por un lado, es pertinente una breve exposición de cómo el Derecho europeo ha ido asumiendo las cláusulas de sostenibilidad, partiendo de la jurisprudencia hasta su codificación en la Directiva 2004/18. Por otra parte, uno de los aspectos centrales de la admisibilidad de las cláusulas se articula sobre la conexión con el objeto del contrato, que constituye un aspecto de carácter general y que por tanto se ha de analizar en el epígrafe primero. En último lugar, se analizarán los criterios generales que plantea la jurisprudencia comunitaria sobre los criterios de adjudicación de los contratos y su proyección sobre los criterios de sostenibilidad. A estas tres cuestiones se dedican las páginas que siguen. Otros problemas que plantea la jurisprudencia comunitaria, al resultar más específicos se analizarán en el epígrafe correspondiente del estudio, en los epígrafes posteriores.

1. DERECHO COMUNITARIO Y SOSTENIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN: DE *BEENTJES* (TJCE 1989, 26) A LA CODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

El régimen de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública –que son las que han resultado más problemáticas– ha estado marcado por la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que hay que concluir en la codificación de su doctrina en la Directiva 2004/18. Un proceso largo cuyo punto de origen está en la sentencia *Beentjes* de 1988 (TJCE 1989, 26)²¹ y en el que se trasluce cierta prevención ante la introducción de estos criterios, aspecto en el que la postura de la Comisión europea²² no resultaba, ciertamente, de apoyo. No obstante, sí conviene tener presente que, desde 2001, no hay dudas al respecto, aunque la solución que se proporcione no deba resultar exenta de crítica tal como veremos en las páginas que siguen²³.

21. As. 31/87, *Gebroeders Beentjes*, STJCE de 20 de septiembre de 1988 (TJCE 1989, 26). Recordemos que en esta resolución lo que se trata de analizar es la legitimidad de la exclusión de una empresa para la ejecución de una obra pública porque se consideraba por parte del Ministerio de Agricultura de los Países Bajos que no tenía la suficiente capacidad para la contratación de parados de larga duración.
22. No es ocioso recordar que hasta el año 2001 la Comisión no hizo un reconocimiento expreso del valor que tienen los elementos de sostenibilidad –referidos a los valores medioambientales– en los contratos públicos. Véase, en esta dirección, la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública* COM (2001) 274 o el *Libro verde sobre la política de productos integrada*, COM (2001) 68, pp. 15 y ss.
23. Por ejemplo, la *Comunicación interpretativa de la Comisión europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos* (2001) COM (2001) 274 final; lo que «engloba acepciones y ámbitos muy diversos. Puede remitir tanto a las medidas por la que se garantiza el respeto a los derechos fundamentales y de los principios de igualdad de trato y no discriminación (por ejemplo, entre hombre y mujer) como a las legislaciones nacionales en materia social, así como a las directivas comunitarias al respecto. La expresión "aspectos sociales" abarca también

La postura de *Beentjes* (TJCE 1989, 26) se puede resumir en el apoyo, matizado, a la introducción de estas cláusulas siempre que los elementos pudieran estar en las bases de la contratación. Así, en *Beentjes* (TJCE 1989, 26) se puede leer que «para conocer el ánimo de la directiva de asegurar la competencia efectiva en el sector de los contratos públicos, los criterios y condiciones deben ser conocidos con suficiente publicidad por las autoridades responsables de los contratos». Este dato se combina con un aspecto material de análisis del efecto material sobre la competencia que le lleva a señalar que «la condición relativa a la contratación de desempleados de larga duración es compatible con la directiva si no tiene directa o indirectamente efecto discriminatorio en aspirantes de otros Estados miembros».

Aunque pudiera parecer que esta sentencia abrió un marco indubitado sobre la admisibilidad de estas cláusulas, en su propio contenido se incluyeron fragmentos que hacen ver la prevención que latía sobre la inclusión de las cláusulas sociales. Cuando se señaló que no se podría incorporar una medida de fomento de empleo «si se hace aparente que tal condición puede ser satisfecha sólo por prestadores del Estado afectado o si, de la misma forma, prestadores de otros Estados pudieran tener complicaciones para su cumplimiento»²⁴, en el fondo lo que se está incorporando es una limitación, por el superior valor que se proporciona a las normas de competencia.

La siguiente resolución de trascendencia es *Comisión c. Francia* (TJCE 2000, 221)²⁵ se recalcó el peso del derecho de la competencia, planteado de forma genérica, cuando se afirmó que aunque el criterio de la vinculación de la política de empleo con la contratación «no es en sí mismo incompatible –con el derecho comunitario– debe ser aplicado de conformidad con las reglas procedimentales desplegadas por la directiva, en particular las relativas a la publicidad». Esto es, no se trata sólo de que el criterio fuera conforme con las reglas del Tratado sino que, asimismo, su introducción se aplicaba de forma competitiva.

En esta línea de aceptación con determinadas reservas de la inclusión de elementos ambientales a la contratación, en la sentencia *Concordia Bus* (TJCE 2002, 251)²⁶ se afirmó que «por consiguiente, habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en

las cláusulas preferentes (por ejemplo para la reinserción de las personas desfavorecidas o excluidas del mercado de trabajo) o las actuaciones o discriminaciones positivas de cara a la lucha contra el desempleo o la exclusión social».

24. Cinco años después se dictó una solución similar en el caso *Storebaelt* (TJCE 1993, 98), en donde se analiza una cláusula que obligaba por razones sociales a la adquisición de materiales y la contratación de personal y servicios daneses. As. C-243/89 (TJCE 1993, 98) *Comisión c. Dinamarca*.
25. As. C-225/98, *Comisión c. Francia*, STJCE de 26 de septiembre de 2000 (TJCE 2000, 221).
26. As. C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, STJCE de 17 de septiembre de 2002 (TJCE 2002, 251).

autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación»²⁷.

La última de las resoluciones a que se quiere hacer referencia en esta sucinta evolución de la jurisprudencia comunitaria es la sentencia *EVN* (TJCE 2003, 403), que sigue en términos generales lo establecido en *Concordia Bus* (TJCE 2002, 251). En este sentido, sirve como recopilatorio de la doctrina el siguiente párrafo: «Se desprende de lo anterior que la normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, siempre que este criterio esté relacionado con el objeto del contrato, no confiera a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencione expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación».

Con ello, señala el TJCE «se desprende de lo anterior que, siempre que respeten los preceptos del Derecho comunitario, las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios, cuando ésta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa». Eso sí, todo lo cual se rodea de diversos requerimientos sobre las etiquetas de los productos, tal como tendremos ocasión de examinar con posterioridad²⁸.

El punto de llegada es la promulgación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y, asimismo, la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Se trata de dos textos que entran dentro de la práctica de las autoridades comunitarias de codificar la jurisprudencia comunitaria con la finalidad de ganar en efectividad.

27. En una línea similar, véase (referido a los medios de prueba en materia ambiental), T-331/06, *Evropaiiki Dynamiki - Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Agence européenne pour l'environnement (AEE)*.

28. Véase el Asunto C-368/10 (TJCE 2012, 114), *Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos*.

En este caso, es una idea que se recalca desde la propia Exposición de Motivos. De hecho, se afirma que una parte sustancial de las cláusulas de sostenibilidad, las de naturaleza ambiental tienen perfecto encuadre en el contenido de la Directiva: «según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio». No se aprecia un pronunciamiento equivalente sobre las restantes cláusulas sociales.

La aceptación de este marco de cláusulas sostenibles, es derivación directa de la jurisprudencia europea. Así, se afirma que la Directiva se «basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales». Ciertamente, las orientaciones actuales de la Unión Europea no permiten que sea un reconocimiento generalizado, sino que está sometido a ciertos límites que marcan un equilibrio complejo con el Derecho de la competencia. No obstante, en el contexto actual el avance es considerable.

Por último, conviene recordar la interacción que se está produciendo en el Derecho comunitario entre las normas generales, transversales, como las Directivas de contratación pública y las específicas. Al igual que ha ocurrido en el Derecho español, estas normas específicas están incorporando reglas propias para proporcionar un campo más grande de actuación a los criterios de sostenibilidad. A título de ejemplo, se puede citar la Directiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, que incorpora un mandato destinado al cumplimiento de los fines que motivaron su promulgación. Así, su artículo 1 «ordena a los poderes adjudicadores, a las entidades adjudicadoras y a determinados operadores que tengan en cuenta los impactos energético y medioambiental durante su vida útil, incluidos el consumo de energía y las emisiones de CO₂ y de determinados contaminantes, a la hora de comprar vehículos de transporte por carretera, a fin de promover y estimular el mercado de vehículos limpios y energéticamente eficientes y aumentar la contribución del sector del transporte a las políticas en materia de medio ambiente, clima y energía de la Comunidad». Este es el ámbito más tradicional, el de la protección del medio ambiente, en el que se han incorporado desde el ámbito comunitario acciones positivas.

Pero incluso en materia de protección social de los trabajadores podemos encontrar supuestos equivalentes. Así, el artículo 4.5 del Reglamento (CE) n° 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n° 1191/69 y (CEE) n° 1107/70 del Consejo «sin perjuicio del Derecho nacional y comunitario, e incluidos los convenios colectivos entre los interlocutores sociales, las autoridades competentes podrán solicitar al operador de servicio público seleccionado que ofrezca al personal previamente contratado para prestar los servicios los derechos que éste hubiera tenido si se hubiese producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE. Cuando las autoridades competentes exijan a los operadores de servicio público cumplir determinadas normas sociales, los documentos de la licitación y los contratos de servicio público enumerarán el personal afectado y detallarán de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considera a los empleados vinculados a los servicios».

2. LA CONEXIÓN DE LA CLÁUSULA DE SOSTENIBILIDAD CON EL OBJETO DEL CONTRATO

El segundo elemento relevante que ha introducido el Derecho comunitario para la admisibilidad de las cláusulas sociales y ambientales es la exigencia de que exista vinculación entre el objeto del contrato y la cláusula que se pretenda introducir. Es un criterio de conexión que aparece recogido en la Directiva en al menos siete ocasiones, con lo que se refleja la importancia que se le proporciona: en relación con las especificaciones técnicas [Artículo 42 (1)]; en relación con los criterios de las etiquetas [Artículo 43 (1) (a)]; en relación con las variantes [Artículo 45 (1)]; los criterios de selección de contratistas [Artículo 58 (1)]; los criterios de adjudicación [Artículo 67 (2)] y los cláusulas de resultados (Artículo 70). De hecho, la Comisión ha señalado que «en esta fase, los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales»²⁹. La finalidad de la conexión parece clara si se examina el §97 de la Directiva: «No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa».

Constituye un criterio que, en principio, lo utiliza la Comisión para diferenciarlo de las especificaciones técnicas –con las dificultades que ello supone– pero que, como veremos, inmediatamente, aplicado de forma estricta cuestiona la propia aplicabilidad de este tipo de cláusulas en cualquier contrato público ya que la

29. Comisión Europea, *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*; COM (2001) 566 final, de 15 de octubre de 2011.

conclusión, fácil por otra parte, es que la contratación no es un medio para la política social³⁰.

La sentencia *Concordia Bus* (TJCE 2002, 251) es la que plantea este criterio de forma general y a partir de ese momento pasa a configurarse como uno de los requisitos de la jurisprudencia comunitaria. Concretamente se afirmó que «de estas consideraciones resulta que, cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, (...) puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación»³¹. Planteamiento que se siguió por parte del Tribunal de Justicia de la Unión

-
30. Este fue el planteamiento que adoptó el Dictamen Motivado, remitido el 8 de febrero de 2002, a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea contra el Decreto 213/1998, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid. Allí se señaló que «no cabe duda que los objetivos que persigue la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con la promoción del empleo estable no sólo son loables, sino que se adecúan perfectamente a la política social comunitaria. Lo que la Comisión objeta no es el fin, sino el medio. Las directivas comunitarias sobre contratación pública y las disposiciones del Tratado aplicables en la materia se integran en el marco de la realización del mercado interior: sus objetivos son, por una parte, optimizar la gestión de las compras públicas, tratando de obtener la mejor relación calidad-precio y, por otra, garantizar una competencia efectiva y unas condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas. Las directivas que rigen la contratación pública no han sido concebidas como instrumentos de la política social, que tiene otros medios de los que servirse. Ello se refleja en el articulado actual de las directivas, que sólo admiten las dos formas de adjudicación descritas más arriba, sin que quepa incluir entre los criterios de adjudicación ninguna consideración ajena a la prestación concreta de que se trate». Con posterioridad, la Comunidad de Madrid lo derogó parcialmente a través del Decreto 128/2005, de 15 de diciembre, por el que se derogan parcialmente determinadas medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo; que impugnado fue confirmado por la Sentencia del TSJ Madrid nº 20139/2008 de 24 septiembre (RJCA 2009, 242).
31. Dicho de otra forma, no obstante la admisibilidad de los criterios medioambientales, ello «no significa que la mencionada entidad pueda tener en cuenta cualquier criterio de tal naturaleza. (...). En efecto, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, a este respecto, sobre los contratos públicos de obras, las sentencias antes citadas, *Beentjes* [TJCE 1989, 26], apartado 19, *Evans Medical* y *Macfarlan Smith* [TJCE 1995, 35], apartado 42, y *SIAC Construction* [TJCE 2001, 284], apartado 36). Como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato».

Europea en las sentencias *EVN* (TJCE 2003, 403)³² y *Comisión c. Francia* (TJCE 2000, 221)³³.

Entendido de forma desconectada de la realidad, podría entenderse razonable la introducción de este requisito, que, sin duda, constituye un elemento para aumentar la competencia³⁴, aunque sólo ella. Ahora bien, con ello se eliminan

32. As. C-448/01 *EVN AG y Wienstrom GmbH*, STJCE de 4 de diciembre de 2003 (TJCE 2003, 403), en la que se afirmó «se desprende de lo anterior que la normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, siempre que este criterio esté relacionado con el objeto del contrato, no confiera a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencione expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación» §34.

33. As. C-225/98, STJCE de 26 de septiembre de 2000 (TJCE 2000, 221). «De conformidad con el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, los criterios en que ha de basarse el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos son bien únicamente el precio más bajo, bien en el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que varían en función del contrato, como el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización la rentabilidad y el valor técnico. En este último supuesto, los órganos de contratación están obligados a mencionar estos criterios bien en el anuncio de licitación, bien en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

No obstante, esta disposición no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios.

Además, aun cuanto tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, en su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha directiva, y especialmente, las normas de publicidad que contiene. Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de maniobrase expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición».

34. Aunque sea una cita larga, merece la pena recordar qué problemas ve la Comisión europea si no se incluye la conexión con el objeto del contrato:

«No obstante, cuando se considere esta posibilidad, deben sopesarse cuidadosamente las contrapartidas con otras consideraciones políticas. El vínculo con el objeto del contrato asegura que la compra como tal siga siendo central para el proceso en el que se utiliza el dinero de los contribuyentes. Esto constituye una garantía importante para asegurar que los poderes adjudicadores obtengan la mejor oferta posible haciendo un uso eficiente del dinero público. Como ya se ha explicado, este objetivo se destaca también en la estrategia Europa 2020, en la que se subraya que la política de contratación pública debe asegurar que se haga el uso más eficiente posible de los fondos públicos. Al mismo tiempo, esta garantía de compras al mejor precio asegura cierta coherencia entre las políticas de contratación pública de la UE y las normas en materia de ayudas estatales, ya que evita que se conceda

parte de las funciones que se pueden cumplir con la contratación pública, ya que pierde la percepción necesaria de entender el proceso de configuración, adjudicación y ejecución de un contrato público como un todo global en el que tan importante es el resultado final, la prestación que recibe la Administración Pública, como los instrumentos a través de los cuales se obtiene el resultado³⁵. Y desde luego, aunque la propia definición del objeto del contrato es susceptible de definición con arreglo a criterios de sostenibilidad no parece que este requisito resulte razonable sin más. De hecho, incluso se puede señalar que con él se dificulta la consecución de objetivos que están en los propios tratados comunitarios³⁶.

Desde luego, cabe siempre una duda de cuándo se está conectando el objeto contractual y la cláusula social. Pensemos en las que se refieren a la contratación de trabajadores desempleados de larga duración que fue rechazado expresamente en *Beentjes* (TJCE 1989, 26), ¿en algún momento los podremos conectar con el objeto contractual? ¿Y en los contratos mixtos?, ¿cómo determinamos el objeto principal del

una ventaja económica indebida a los operadores económicos a través de la adjudicación de contratos públicos. Por consiguiente, relajar el nexo con el objeto del contrato podría acarrear un riesgo de distanciamiento de la aplicación de las normas de contratación pública de la UE respecto de las normas sobre ayudas estatales, y podría incluso contravenir al objetivo de una mayor convergencia entre ambos conjuntos de normas.

El vínculo con el objeto puede ayudar también a evitar que algunos operadores económicos de un país concreto puedan verse favorecidos en detrimento de los de otros Estados miembros. Aunque esto es especialmente importante para algunos tipos de consideraciones (por ejemplo, algunos requisitos sociales), porque es más probable que estén arraigadas en la realidad nacional, regional o incluso local, es cierto también de otras consideraciones políticas, como las relativas al medio ambiente. Por ejemplo, en el caso del suministro de mercancías, el requisito de que los edificios de oficinas utilizados por los licitadores se calienten exclusivamente con energía solar podría favorecer a las empresas de aquellos Estados miembros cuyas condiciones meteorológicas específicas son especialmente favorables a la tecnología solar.

El vínculo entre las consideraciones relacionadas con determinadas políticas y el objeto del contrato tiene también por objeto dar seguridad y previsibilidad a las empresas. De lo contrario, si no existiera este vínculo (y si no hubiera requisitos armonizados al nivel de la UE), se podría pedir a los operadores económicos que cumplieran diferentes requisitos (relativos al porcentaje de mujeres o al número de desempleados contratados, a las instalaciones de guardería de que deben disponer los empleados, a las medidas medioambientales o de gestión de residuos, a las etiquetas ecológicas, etc.) para cada contratación o para cada poder adjudicador.

Cumplir los diferentes requisitos impuestos por los poderes adjudicadores podría resultarles especialmente difícil a las PYME, que posiblemente no tengan los recursos económicos y humanos necesarios para cumplir una amplia variedad de requisitos sociales en cada caso».

35. Sin embargo, en el panorama europeo siguen existiendo voces en contra de valorar los elementos sociales en la contratación pública, véase ARROWSMITH, S., «The EC procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach»; en la *European Law Review*; n° 21-1 (2002); pp. 11 y ss.
36. En este sentido, SEMPLE, A., *The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?* (February 4, 2015). University of Oslo as part of the European Law Conference 2014, Forthcoming volume published by Cambridge University Press. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2565051>.

contrato? Es claro que, aunque el valor económico pueda resultar un criterio fácil, «no puede ser el único criterio, ya que podría constituir un riesgo de que se produzca una manipulación para excluir determinados contratos del ámbito de aplicación de las normas en materia de contratación pública»³⁷.

Más aún, en ocasiones a través de los procedimientos de contratación se pretende modificar el proceso de producción del bien o del servicio. La duda surge inmediatamente ¿son legítimas si atendemos a la vinculación con el objeto del contrato? Aunque podría entenderse que deberían ser admisibles, la Comisión europea, en cambio, fue remisa a la hora de su aceptación y rechazó, por ejemplo, que fuera exigible el uso de papel reciclado o imponer un determinado tipo de gestión de residuos, precisamente por su falta de vinculación con el objeto del contrato³⁸ y porque pondrían en ventaja a un operador con respecto a otros. Aspecto éste en el que la Comisión ha sido reiterativa en el recordatorio de que se podría poner en riesgo la competencia entre operadores; incluso cuando se articula a través de las especificaciones técnicas: «las especificaciones técnicas pueden establecerse basándose en los resultados y las exigencias de funcionamiento. Esto significa que las autoridades adjudicadoras pueden limitarse a definir los objetivos que debe alcanzar el prestador del servicio. Esta manera de definir las “especificaciones técnicas” debería garantizar la flexibilidad necesaria y, al mismo tiempo, una precisión suficiente para determinar el objeto del contrato»³⁹.

Como se ha podido observar en la exposición precedente, la introducción del criterio de la conexión con el objeto del contrato introduce un criterio –bastante aleatorio, por lo demás– que limita el alcance de las cláusulas de sostenibilidad en la contratación pública. Incluso si decimos, como hace GIMENO FELIÚ, que «no se exige que esa relación con el objeto contractual sea inmediata o especialmente intensa, sino sólo una verdadera vinculación; lo que se persigue es evitar criterios adjudicadores ajenos a la correcta ejecución del contrato, y, por ello, es suficiente que la cláusula social establecida como criterio de adjudicación contribuya a la realización de las prestaciones pactadas»⁴⁰ estamos limitando extraordinariamente el campo de actuación de las cláusulas sociales y ambientales. De entrada, porque no se permite su utilización como criterio de valoración de las ofertas, que es lo que abre camino a cláusulas que hoy serían tan valiosas como las de conexión con la política de empleo que esté aplicando el Gobierno respectivo. En segundo lugar porque se piensa que

37. Conclusiones de la Abogada General Sharspton en el caso *Loutraki* (TJCE 2010, 133), presentadas el 29 de octubre de 2009; Asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08.

38. Comunicación de la Comisión europea sobre «Posibilidades de integrar aspectos sociales en los contratos públicos».

39. Comunicación de la Comisión; «Aplicación del programa comunitario de Lisboa Servicios sociales de interés general de la Unión Europea», de 26 de abril de 2006; COM (2006) 177 final; II.2.1; p. 8.

40. GIMENO FELIÚ, J. M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Coedición de la Diputación de Huesca y la Editorial Civitas, Cizu Menor (2010), p. 237.

con ello se aumenta la discrecionalidad de los poderes públicos en la valoración de las ofertas, olvidando que en los restantes elementos también hay discrecionalidad, lo cual constituye un valor innato de toda actividad pública e incluso de la humana en general. No hace falta que recuerde cómo se puede ajustar la solvencia económica de una empresa con un diseño adecuado de su contabilidad. Ni que en ocasiones hay que valorar criterios estéticos sobre los cuales la discrecionalidad es un valor necesario. Y tercero, porque introduce una sospecha generalizada sobre el valor de la sostenibilidad, que no resulta razonable que no se tenga sobre las cláusulas económicas, tal como señaló el Abogado General Misho en las conclusiones que emitió en la sentencia *Concordia Bus* (TJCE 2002, 251) y que, desde luego, resulta incompatible con una lectura integrada del Tratado.

El planteamiento que se ha descrito en las líneas anteriores recalca la compatibilidad relativa de las cláusulas de sostenibilidad con la interpretación economicista que hace el TJCE del Derecho comunitario. Y la consecuencia de lo anterior consistió en que la Directiva 2004/18/CE –y también la 2004/17/CE–, relativa a los contratos de los sectores especiales, lo afirmó de forma general, tanto en los considerandos⁴¹ como en su articulado. Sí conviene recalcar un dato que resulta de la última jurisprudencia comunitaria en la materia, especialmente las conclusiones del Abogado General en el caso *Comisión c. Países Bajos* (TJCE 2012, 114)⁴², la cual atempera la rigidez en la aplicación de la conexión con el objeto del contrato: «es perfectamente admisible que el poder adjudicador tenga en cuenta intereses ecológicos y sociales en el procedimiento de adjudicación, lo que incluye expresamente hacer referencia en las condiciones del procedimiento de adjudicación a etiquetas en materia de medio ambiente y comercio justo». Ahora bien ello no elimina el que «dichas especificaciones deberán ser suficientemente precisas para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicarlo, en el apartado 6 de dicho artículo el legislador autorizó a los poderes adjudicadores a recurrir a los criterios en que se basa una etiqueta ecológica para establecer determinadas características de un producto, pero no a establecer una etiqueta ecológica como especificación técnica, ya que ésta sólo puede utilizarse como presunción de que los productos provistos de ella se ajustan a las características así definidas, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba adecuado».

Soy consciente de que el objeto del contrato se puede formular en una forma sostenible para evitar alguno de los problemas que se han descrito en las páginas

41. En el §1 de la Directiva se afirma que: «La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales».

42. Conclusiones del Abogado general Kokkot, Asunto C.368/10 (TJCE 2012, 114), de 15 de diciembre de 2011.

precedentes. No obstante, no parece, primero, que sea suficiente porque con posterioridad se procederá a análisis de proporcionalidad y de efectos distorsionadores de la competencia para todos aquellos productores de bienes y servicios que quedarían expulsados del mercado. Y, en segundo lugar, porque la configuración de los modos de producción sostenible resulta de extraordinaria complejidad para que se pueda incluir en el objeto del contrato. En buena medida, lo que se pretende con las cláusulas de sostenibilidad social y ambiental es precisamente ese, que se modifique el modo de producir. Prueba de las dificultades que hay en este ámbito, lo encontramos en las relativamente recientes conclusiones de la Abogada General Kokkot⁴³ sobre el alcance y contenido de una etiqueta ecológica en los productos que se iban a suministrar.

3. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y CLÁUSULAS DE SOSTENIBILIDAD

La última de las cuestiones que se quiere resaltar en este epígrafe y que supone en la práctica una limitación a la introducción de cláusulas de sostenibilidad social y ambiental es la referente a los criterios de valoración de las ofertas que han de estar, asimismo, vinculadas al objeto del contrato.

A diferencia de lo que se recoge en el §46 de la Exposición de motivos de la Directiva⁴⁴, el artículo 53.1 establece una conexión directa entre el objeto del contrato y los criterios que se pueden ponderar en los supuestos en los que no se elija únicamente en virtud de la oferta económica: así los criterios para adjudicar serán «bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución».

Posiblemente, la exigencia de que exista relación con el objeto del contrato cumple la función de que no se utilicen de forma genérica, con vagas determinaciones de cuáles sean las necesidades ambientales de la Administración. El problema consiste

43. Conclusiones del Abogado general Kokkot, Asunto C.368/10 (TJCE 2012, 114), de 15 de diciembre de 2011.

44. Concretamente, el último párrafo de ese largo considerando señala: «A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades –definidas en las especificaciones del contrato– propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato».

en que mientras con los requisitos ambientales es más fácil vincularlo con el objeto contractual –siempre que se ponga empeño en la determinación de los objetivos concretos⁴⁵–, en relación con los de naturaleza social es más complicado efectuar una vinculación equivalente así como resulta prácticamente imposible que, salvo que existan otras reglas específicas en otras disposiciones, los discapacitados puedan encargarse de la ejecución del contrato⁴⁶. El efecto que tiene, desde la propia perspectiva del Derecho comunitario no es baladí, en la medida en que el valor suplementario que se proporciona a la competencia supondrá la no aplicación de las reglas contenidas en el artículo 137 del Tratado en apoyo de las acciones estatales que persigan la integración de excluidos del mercado laboral [artículo 137.1.h], la igualdad laboral entre hombres y mujeres [artículo 137.1.i] o la lucha contra la exclusión social [artículo 137.1.j].

Todo lo anterior se ha de complementar con la posibilidad de que se exija información suficiente sobre el cumplimiento de los criterios sociales que están en el objeto del contrato; siempre y cuando se han contemplado de forma transparente y competitiva, lo cual se ha de someter a un criterio de proporcionalidad: «no sólo sus prácticas en materia de adquisición en relación con los productos concretos que se han de suministrar. Si el poder adjudicador pide a los licitadores información y pruebas sobre la sostenibilidad de sus productos y su política comercial, dicha petición debe tener una relación suficiente con el objeto del contrato y ha de estar formulada de manera concreta»⁴⁷.

45. De hecho, en el último documento de la Comisión, sobre esta materia se dulcifican las exigencias en relación con el medio ambiente con la finalidad de conseguir mercados ecológicos. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativo a la contratación pública para un medio ambiente mejor. COM (2008) 400 final; especialmente final del epígrafe 3.2.

46. El negar la posibilidad de incluir criterios de naturaleza social no ausente de los posicionamientos de la Comisión. Así en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en los contratos –COM (2001) 566 final– se puede leer que «serían incompatibles con las actuales Directivas sobre contratos públicos. Lo mismo cabe decir de los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, esto es, dicho de otro modo, de los criterios que son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo. Estos criterios, que no contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, quedan excluidos por las actuales Directivas, habida cuenta de que su finalidad debe consistir en hacer posible la evaluación de las cualidades intrínsecas de un producto o una prestación. Por lo demás, dichos criterios se considerarían incompatible con los compromisos adquiridos por los Estados miembros a través del Acuerdo sobre Contratación Pública celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio».

47. Conclusiones del Abogado general Kokkot, Asunto C.368/10 (TJCE 2012, 114), de 15 de diciembre de 2011.

IV. LA DIRECTIVA 2014/24/UE Y LA INCLUSIÓN DE ELEMENTOS DE SOSTENIBILIDAD EN LOS CONTRATOS

1. SOSTENIBILIDAD Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA

La exposición de la sostenibilidad en la Directiva ha de iniciarse con un aspecto colateral, que no afecta a la inclusión de cláusulas sociales y ambientales, sino al cumplimiento de los requisitos legales de tal naturaleza. No sería, en consecuencia, un aspecto referido a la valoración del contratista sino al aspecto previo de su capacitación para la ejecución del contrato y, por ello, debiera ubicarse en un punto distinto del procedimiento de contratación⁴⁸. No obstante, es un aspecto que se debe traer a colación en este momento en la medida en que los requisitos sociales y ambientales son los que presentan un grado más relevante de incumplimiento.

En efecto, uno de los aspectos en los que podría resultar de más interés la nueva Directiva es el de la inclusión de unos requisitos de calificación social y ambiental del contratista, hoy totalmente ausentes de nuestra normativa, a pesar de que el análisis del contratista constituye el primer aspecto en el que se ha de examinar para hacer de la contratación pública un instrumento para la sostenibilidad. Es cierto que, por ejemplo, en nuestra Ley de Contratos del Sector Público no se regula como un contenido específico la «solventía social del contratista»; sino que lo que se ha de analizar afecta únicamente a su consideración económica y técnica; que son los elementos que permiten la clasificación del contratista en el Registro⁴⁹. De hecho, resulta llamativo que frente a las consideraciones sobre capacitación técnica y económica, la Comisión europea cuando hace referencia a la cualificación social sólo haga un llamamiento a las prácticas de autorregulación manifestadas en los instrumentos voluntarios de responsabilidad social corporativa⁵⁰. Es un planteamiento tradicional de la legislación de contratos que no impide que se pueda articular la nueva perspectiva de su solventía.

48. Véase, en este sentido, la STJCE de 24 de enero de 2008 (TJCE 2008, 10) (As. *Lianakis*); en donde se puede leer que «se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión». La STS de 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 4570) afirma, en la misma dirección que «la experiencia de los contratistas es un criterio para verificar la aptitud de los contratistas y no puede utilizarse como criterio para la adjudicación del contrato, ya que son fases separadas que se rigen por normas diferentes».

49. De hecho, dentro de las carencias del TRCSP, no aparece ni siquiera una referencia a asegurar el cumplimiento de la legislación laboral por parte ni de los licitadores ni de los contratistas. Es cierto que con el contenido de la normativa del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social y su aplicabilidad general se proporciona suficiente garantía a los trabajadores, sin que resulte conveniente un plus que recuerde la necesidad de cumplimiento, tal como lo prueba la STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2007.

50. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos. COM (2001) 566, final.

La nueva Directiva hace un recordatorio de la necesidad del cumplimiento de estos requisitos y la exigencia de su control por parte de los poderes adjudicadores: «El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado» (§40).

Lo que el artículo 57 concreta especialmente en el cumplimiento de las disposiciones fiscales y de seguridad social: «Un operador económico quedará excluido de la participación en un procedimiento de contratación en caso de que el poder adjudicador tenga conocimiento de que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social y que ello haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido el operador económico o las del Estado miembro del poder adjudicador»: Lo que obligará a que se articulen mecanismos de control y cruzamiento de datos, no siempre presentes en nuestro país.

2. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y SOSTENIBILIDAD

Uno de los elementos en el que se acostumbra a incidir en materia de sostenibilidad es el de las especificaciones técnicas de los contratos, esto es aquellos elementos que definirán las características exigidas de una obra, un servicio o un suministro y que «podrán referirse también al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este» (artículo 42). La jurisprudencia comunitaria, de hecho, ha establecido restricciones en cuanto al marco en el que se pueden desarrollar que, con posterioridad, han aparecido en el artículo 42 de la nueva Directiva⁵¹.

La cuestión, por tanto, afecta a cómo se han de formular y aquí se sigue incluyendo el mismo error que aparecía, por ejemplo, en el documento sobre la *compra*

51. Así, en la sentencia *Comisión c. Países Bajos* (TJCE 2012, 114) se recuerda que «En lo que respecta a los requisitos relativos a características medioambientales, el tenor del primer párrafo de dicha disposición confiere a los poderes adjudicadores la facultad de recurrir a las especificaciones detalladas de una etiqueta ecológica, pero no a una etiqueta ecológica como tal. La exigencia de precisión establecida en el artículo 23, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/18 –al que se hace referencia en el apartado 6 de dicho artículo– y manifestada en la última frase de su vigésimo noveno considerando se opone a una interpretación extensiva de dicha disposición».

verde. En este documento se declara que se han de estructurar en términos de producción del bien, referido a la funcionalidad; a pesar de que no siempre resulta posible plantear de este modo. El principio del que se parte es que las «especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia». Principio que puede resultar de entrada razonable pero que podría limitar aquellas formas de producción que proporcionen una ventaja ambiental o social por el uso de tecnologías más respetuosas con el medio ambiente.

A partir de este postulado, el artículo 42 indica que las especificaciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras: «a) en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicar el contrato; b) por referencia a especificaciones técnicas y, por orden de preferencia, a normas nacionales que transpongan las normas europeas, a las evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos; de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; cada referencia irá acompañada de la mención “o equivalente”; c) en términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b); d) mediante referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características».

3. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

El siguiente aspecto que se debe recoger es el relativo a los criterios de adjudicación de los contratos y cómo se pueden plasmar los criterios de sostenibilidad. Unos criterios de adjudicación que han de vincular al objeto del contrato y sobre el cual, además, la Directiva introduce algún elemento novedoso partiendo de cómo se estructura la «oferta más ventajosa» y su conexión con la vida del contrato. Esta restricción quita capacidad de hacer política social y ambiental a través de la contratación pública.

Por un lado, el artículo 67, dispone que «la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan

aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate».

Dentro de estos costes del ciclo de vida hay que referirse a los ambientales, recogidos en el artículo 68.1 y que incluyen dos tipos de variables. Por un lado, los costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, dentro de los que se encuentran los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos, y los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado. Por otro lado, «los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; esos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático».

En efecto, resulta importante tener presente la relación que existe entre los criterios de valoración de las ofertas y el objeto del contrato tal como recoge el artículo 67.3: «Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida». Es una exigencia comunitaria tradicional, que ha sido recogida en varias sentencias del Tribunal de justicia. En la sentencia (TJCE 2003, 403) del TJUE que resuelve el caso de la empresa holandesa *EVN*, por ejemplo, se señaló que «el Tribunal de Justicia admitió que cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación».

Posiblemente, lo que se pretende con ello es acotar su aplicabilidad. Esto es, que no se pretenda proporcionar unas referencias vagas en los pliegos de los contratos sino, por el contrario, cómo se vinculan los objetivos de sostenibilidad en un contrato cualquiera. Siguiendo con la sentencia *EVN* (TJCE 2003, 403) del TJUE no se trataba sólo de la oferta más beneficiosa para el medio ambiente, sino que se incorporaba un criterio del origen de la energía, que beneficiaba a aquellos operadores que utilizaran la obtenida de fuentes renovables⁵². Idea que también ha recogido y aplicado nuestro

52. En una línea similar, el fallo de la sentencia que resuelve el asunto *Concordia* (TJCE 2002, 251) señala que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre

Tribunal Supremo cuando se ha encontrado con la necesidad de valorar alguna cláusula de naturaleza social en los procedimientos de adjudicación de un contrato⁵³.

De hecho, la propia Directiva da unas pautas que no son especialmente satisfactorias –ya que parece restringir las que se pueden incluir a las que están recogidas aquí, excluyendo las demás– sobre cuándo se pueden incluir este tipo de requisitos: «Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse. En las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios» (§99).

4. CRITERIOS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El último aspecto que ha de ser analizado es el relativo a la inclusión de cláusulas de sostenibilidad en la ejecución del contrato, hoy admitidas en el artículo 70 de

que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación.

2) El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados.

53. Así, por ejemplo, en la STS de 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 4570) se afirma que: «No cabe duda, que el criterio de la valoración de las jornadas reales trabajadas en el régimen especial agrario de Andalucía, no tiene un carácter objetivo, no se encuentra ligado al objeto del contrato, sino por el contrario se trata de un criterio puramente subjetivo, referente al personal que han tenido en el pasado los concursantes, y no al proyecto, por lo que dicho criterio no encuentra su acomodo en el artículo 86 TRLCAP. Además, es discriminatorio, pues se valora exclusivamente la experiencia de unos trabajadores andaluces en un determinado régimen de la Seguridad Social perjudicando a aquellas empresas que tiene trabajadores de otras regiones, y no puede encontrar su justificación en la consecución de determinados objetivos político-sociales tendentes al fomento de la contratación de trabajadores agrarios de Andalucía que se encuentran en una precaria situación, pues se valora el hecho de haber realizado jornadas en el pasado, últimos tres años, y no su contratación futura para el cumplimiento del contrato, lo que sin duda sí que permitiría tener influencia en el empleo de dichos trabajadores».

la nueva Directiva que dispone que «Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo».

Dentro de esta normativa recogida por remisión cumple un papel esencial el Convenio 94 OIT, relativo a las condiciones de trabajo en los contratos con las Administraciones Públicas, en virtud del cual éstas deben asegurar que se apliquen a los trabajadores las condiciones salariales, tiempo de trabajo y el resto de condiciones de trabajo que no sean inferiores a las establecidas en las normas o convenios colectivos aplicables para prestaciones similares en el lugar de ejecución del contrato. Como ha señalado MARTÍNEZ FONS, la referencia a los estándares básicos establecidos por la OIT debe entenderse inclusiva de los Convenios 29 –trabajo forzoso–, 87 –libertad sindical y negociación colectiva–, 100 –igualdad retributiva–, 105 –abolición del trabajo forzoso–, 138 –edad mínima para trabajar– y 182 –sobre trabajo infantil–⁵⁴. Por su parte, de conformidad con la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 15 de octubre de 2001, la observancia de los estándares laborales debe incluir también el respeto a las normas nacionales derivadas de las Directivas comunitarias en materia social; y, en particular, las relativas a prevención de riesgos laborales (Directiva Marco 89/319/CEE), transmisión de empresa (Directiva 2001/23/CE) y desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios (Directiva 96/71/CE).

Es importante tener presente el efecto extraterritorial de estas disposiciones en la medida en que se van a aplicar en terceros países, fuera del ámbito europeo; ya que hay una preocupación social en la introducción de los requerimientos del denominado comercio justo y para ajustar la demanda de bienes a la disponibilidad real de recursos naturales⁵⁵.

Estas cláusulas están sometidas a una serie de requisitos, uno de índole formal y otros de naturaleza sustantiva. Desde el primer punto de vista ha de estar incluido en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas y, por tanto, reflejarse en el propio contrato. La opción última se ha de decantar en el sentido de que tiene que aparecer en los dos últimos lo cual actúa como mecanismo de seguridad jurídica para el contratista.

La nueva Directiva, partiendo de lo que está recogido en la Comunicación Interpretativa sobre los Contratos, los ámbitos en que se han venido desarrollando estas cláusulas son la obligación de ocupar a personas que se encuentren en la situación

54. MARTÍNEZ FONS, D., «Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública», *Fundación Alternativas*, Documento de Trabajo 153/2009, p. 17.

55. Sobre contratación internacional de las Administraciones públicas, véase GIMENO FELIU, J. M., «La contratación administrativa en el extranjero», en la obra colectiva dirigida por GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Comercio exterior*, Iustel, Madrid (2009), pp. 857 y ss.

legal de desempeño –especialmente para los colectivos que tienen mayor dificultad de acceder al mercado de trabajo–; la obligación de realizar actividades que sirvan para fomentar la igualdad de oportunidades, tanto ante problemas de género como de etnia; el respeto a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, aunque no hayan sido suscritos y, por último, la contratación de personas con discapacidad por encima de los umbrales que ha configurado el ordenamiento jurídico nacional. En el ordenamiento español forman parte de estas obligaciones las derivadas de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores o los de la Directiva sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los casos de traspaso de empresas.

No obstante, pese a que son ámbitos en los que en principio se podrían desarrollar estas cláusulas, introducidas como condiciones impuestas al adjudicatario para la ejecución del contrato, no siempre resulta posible incorporarlas. La aplicación del principio de no discriminación, por ejemplo, está eliminando la posibilidad de que se incorpore la obligación de incorporar a desempleados dado que el ámbito territorial del contrato supondría, de acuerdo con la reglamentación de los servicios públicos de empleo, que sólo los inscritos en una oficina podrían ser contratados. No es un caso ficticio, sino que ha habido un Informe (JUR 2009, 443232) en este sentido de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa Estatal a partir de una consulta planteada por el Ayuntamiento de Orihuela⁵⁶. Ciertamente, no parece muy razonable ante la actuación de una Administración pública, que precisamente quiere impulsar el desarrollo económico de su territorio. Porque nótese no afecta a la nacionalidad del empresario –ámbito normal en el que se desarrolla la discriminación– sino en un instrumento para la ejecución del contrato. Desde luego, en mi opinión, constituye una lectura excesiva de la cláusula de no discriminación y, junto con la imposibilidad de configurar desde luego hacen un flaco favor al desarrollo de políticas activas de empleo⁵⁷.

En el ámbito del Derecho ambiental, nos encontramos con cláusulas tales como la utilización de envases reutilizables, la recogida, reciclado y reutilización de desechos a cargo del contratista, la entrega de los bienes a granel y no por unidades o incluso la posibilidad de exigir una modalidad específica de transporte porque

56. Informe 3/2009, de 25 de septiembre (JUR 2009, 443232), de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa Estatal, en virtud del cual: «La conclusión que se deriva de ello es que la condición de ejecución a que se refiere el texto de la consulta es claramente discriminatoria en la medida en que circunscribe la posibilidad de contratación a los demandantes de empleo con domicilio en Orihuela. En tal sentido debe considerarse que excluye la posibilidad de contratar tanto a desempleados que procedan de otras localidades del territorio nacional o, incluso, del territorio de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea y, en consecuencia se vulneran los principios de no discriminación establecidos tanto en el ordenamiento jurídico español como en el propio Tratado constitutivo de la Comunidad Europea».

57. Aceptando la posibilidad de introducir estas cláusulas, véase la STSJ Canarias de 3 de abril de 2009 (RJCA 2009, 859), que sencillamente y de forma apodíctica exige la publicación previa de esta condición de ejecución del contrato.

ésta resulte más protectora del medio ambiente, de modalidades en la prestación de suministro de bienes que resulte más eficiente desde un punto de vista energético.

Desde un punto de vista formal, se acaba de ver la conexión que hay con lo estipulado en la letra del contrato. Desde un punto de vista material, la administración cuenta con la potestad de interpretación del contrato y con las de dirección, inspección y control, lo que permiten al órgano de contratación dictar las instrucciones que resulten adecuadas para conseguir una ejecución que resulte especialmente adecuada con el principio de sostenibilidad.